



Reseña de

Gargarella, Roberto (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores.

Libardo José Ariza
Universidad de Los Andes

No es una novedad que el sistema penal funciona de una manera selectiva, que se concentra en ciertas poblaciones y personas, a veces por su condición de clase, otras por su pertenencia étnica o su color de piel, la mayoría de las ocasiones por todos estos factores en conjunto. No nos sorprende que las prisiones se encuentren permanentemente hacinadas, ni que las personas allí recluidas vivan en condiciones miserables. Sabemos que el castigo penitenciario no reconcilia y que, por el contrario, excluye y agrava la herida social que supuestamente pretende sanar. Lo que debería sorprendernos es que, sabiendo todas estas cosas, nos acostumbremos a pronunciarlas y a denunciarlas sin que aparentemente nada cambie, a que esta situación se haya convertido en algo cotidiano. Parecería que la crítica se hubiese agotado ante la implacable resistencia del derecho penal y su parafernalia. La lectura del libro de Roberto Gargarella nos saca de este letargo y nos invita a seguir confiando en que existen opciones, tanto teóricas como prácticas, para dar respuesta a los conflictos sociales más allá del castigo penitenciario. Gracias a una rigurosa y cuidada interpretación de la fundamentación moral del castigo, la cual va acompañada de una propuesta alternativa basada en la filosofía política republicana y la democracia deliberativa, el texto ofrece un panorama crítico y una propuesta teórica que despierta en el lector la confianza aparentemente perdida en la posibilidad de la reconciliación y la justicia social.

El libro, que forma parte de la *Colección Derecho y Sociedad* impulsada por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Los Andes, es una reunión de artículos, ensayos y notas que contienen las principales

Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies, Volume 3, Issue 1 (2009), pp. 101-107

reflexiones de Roberto Gargarella sobre el significado del derecho penal en sociedades con altos índices de exclusión social, económica y jurídica. Cada ensayo aborda un tema específico que guarda coherencia con la perspectiva analítica defendida por el autor. Así, el lector podrá encontrar redactas, en un estilo agradable y fluido, reflexiones sobre la forma como son creadas las normas penales y el déficit democrático que existe actualmente desde una perspectiva deliberativa; también encontrará una reflexión sobre la importante diferencia entre reprochar y castigar, así como propuestas alternativas desde el republicanismo, junto con un análisis sobre el papel de la justicia penal internacional frente a violaciones masivas de derechos humanos. Por ello, el lector bien podría abordar el texto de una manera lineal o leer cada sección por separado sin arriesgarse a perder el sentido ni la fuerza persuasiva de la interpretación que nos presenta Roberto Gargarella.

Entre los muchos temas interesantes que aborda Gargarella, en esta reseña quisiera concentrarme en el capítulo titulado *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*, un ensayo que encuentro tan provocador como interesante y que, en mi opinión, nos presenta las respuestas a los varios interrogantes que suscita la lectura de los primeros capítulos del libro. Gargarella parte de una crítica poderosa y atractiva al derecho, en general, y al derecho penal, en particular, tal y como lo conocemos en este momento. La crítica rescata elementos claves de distintas perspectivas teóricas, que van desde la criminología crítica, pasando por las definiciones utilitaristas del sujeto, hasta las críticas marxistas al derecho estatal. Principalmente, retoma el argumento marxista que sostiene que el derecho es una herramienta de dominación, una ideología que hace aparecer como natural un estado de cosas opresivo y que es funcional para mantener la explotación de clase propia del sistema productivo capitalista. Acuñando el concepto de “alienación legal”, Gargarella nos recuerda que el derecho opera como un mecanismo de opresión y exclusión y que, en este contexto, “la ciudadanía obtiene motivos para desconfiar de la ley y comenzar a apartarse de ella” (2008: 28). Uno de los principales argumentos que se presenta a lo largo del texto es que en situaciones injustas y estructurales de privación sistemática de ciertos bienes básicos, el Estado carecería de legitimidad para castigar conductas que él mismo ha propiciado (Ibíd.: 31) y que las personas tendrían motivos para no orientar sus conductas con base en el derecho. En palabras de Roberto Gargarella,

“(…) los grupos que han sufrido aquella grave marginación no tienen un deber general de obedecer el derecho, dado que el orden legal no les ha asegurado la protección que necesitan contra los daños más severos que sufren, a la vez que ha sido responsable de la imposición de algunos de esos severos daños. En la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en su sufrimiento, ciertas formas de

resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio, como moralmente permisibles” (Gargarella 2008: 223).

Es, si duda, una aseveración importante en un contexto como el latinoamericano. En la medida en que acepta y justifica que, por ejemplo, la pobreza constituye una violación de los derechos fundamentales, resultaría injusto que a las personas que la sufren se les exija el cumplimiento del derecho y que, en caso de apartarse de sus normas, se acuda a la segregación punitiva como respuesta a su comportamiento. Este argumento resulta muy pertinente para criticar el funcionamiento del derecho penal como mecanismo para el control punitivo de la pobreza, algo que desafortunadamente nos resulta cada vez más familiar. En una “dictadura sobre los pobres” (Wacquant 2003) se asume que la resistencia es un comportamiento no sólo plausible políticamente sino legítimo jurídicamente. Gargarella señala algunos ejemplos sobre la forma que podría adquirir dicha resistencia, aunque la mayoría se refieren a incumplimiento de deberes, como negarse a pagar tributos, o posiciones activas como la ocupación de tierras. No queda claro si la delincuencia puede ser entendida también como una forma de resistencia. Aunque Gargarella no es explícito en este sentido, parecería sugerir que la delincuencia por causas económicas tendría un carácter político y, en este sentido, invita a una reconsideración de la tradicional distinción entre el delincuente político (que actúa contra un orden que considera ilegítimo) y el delincuente común (que en términos weberianos actuaría orientado por la satisfacción de su propio egoísmo). Tampoco queda claro si, en el caso de los pobres extremos, se podría acudir a categorías jurídicas como el estado de necesidad como causal de justificación.

Tras leer los primeros capítulos del libro, el lector se pregunta por las implicaciones que la crítica anteriormente expuesta podría tener en la forma como entendemos el derecho penal, su legitimidad, el papel de los jueces, el proceso de creación de las normas jurídicas y su aplicación. Gargarella aborda la mayoría de estas cuestiones de manera novedosa y creativa y sus argumentos son, sin duda, sugestivos y, por eso mismo, suscitan una serie de preguntas y expectativas. Una de ellas se refiere a la determinación de la responsabilidad personal en el republicanismo, a aquello que los penalistas conocen como la imputación penal. Mientras que resulta razonable que no se castigue a una persona que se encuentra en una situación de pobreza extrema por acceder *ilegalmente* a bienes materiales para satisfacer sus necesidades básicas, no queda claro si esa misma persona debería quedar exenta de responsabilidad frente a otras conductas desplegadas en ese contexto; tampoco si el argumento sólo se aplica en un contexto de escasez de recursos, en el ámbito económico, especialmente en el caso de los comportamientos definidos tradicionalmente como delitos contra la propiedad privada. Podría pensarse que en un contexto de privación y opresión sistemática los individuos encuentren en la violencia una forma de resistencia y en este caso se echa de

menos una interpretación del autor sobre lo que tendría que decir el republicanismo frente a las formas violentas de resistencia. En términos generales, Gargarella responde a estas cuestiones acudiendo a un conjunto de criterios como el mutuo respeto, el vínculo o nexo entre la situación de precariedad y la forma concreta de resistencia y, finalmente, la proporcionalidad de la conducta. Entiendo que la formulación de dichos criterios supone que la persona involucrada debería conocer tanto el sentido del ordenamiento jurídico, como tener la posibilidad de realizar una evaluación sobre la mejor manera de orientar su comportamiento en un contexto de precariedad. No estoy seguro de si lo anterior representa un estándar demasiado exigente para personas que han crecido en una situación tan dramática como la pobreza extrema.

Aunque es una visión atractiva, creo que se presenta una tensión importante entre el argumento contextual y la defensa del individuo como agente moral autónomo. Gargarella reconoce la dificultad que afronta el teórico para articular adecuadamente “esas conexiones causales invisibles” (2008: 266) entre el contexto y el comportamiento individual, pero aun así confía en que el individuo que ha vivido en una situación de precariedad extrema debería ser capaz de establecerlas. Parece que en algunos casos Gargarella asume que, en el caso de los pobres extremos, la situación que han sufrido explica su conducta individual, pues se verían obligados a actuar de cierta manera por las circunstancias en las que han vivido. Precisamente por esto no deberían ser reprochados, porque no son del todo “libres”. Sin embargo, también asegura que dichas circunstancias no le otorgan al individuo una “carta blanca” para ir en contra del orden jurídico como un todo y, por ello, asume que a pesar de las circunstancias el individuo debe ser capaz de decidir sobre el desarrollo de su conducta y, por lo tanto, debe ser considerado responsable de sus decisiones cuando no guardan un vínculo con su situación ni son proporcionales. Creo que la dificultad yace en determinar la naturaleza de ese problemático vínculo entre contexto y decisión, en establecer la proporcionalidad y, por lo tanto, la responsabilidad individual sin caer en el examen de la personalidad y la creación de un saber sobre los sujetos. Si hay pobres que delinquen y pobres que no lo hacen, se corre el riesgo de caer en explicaciones psicológicas sobre el comportamiento de la persona pobre que actúa en contra del derecho (Foucault 1999: 303). Intuyo que Gargarella diría que este proceso de transición de la “sociedad punitiva” (Foucault 1990) al autogobierno comunitario debería hacerse de manera deliberativa y que no deberían intervenir los expertos que tradicionalmente han hecho inteligible el comportamiento del “criminal” por medio de técnicas disciplinarias como el examen de personalidad. Aun sin la presencia de ese “elitismo tecnocrático” (Gargarella 2008: 56) que Gargarella considera inaceptable, parece que se sigue esperando que el agente moral cuya conducta se reprocha exprese un motivo que la haga inteligible. ¿Qué pasa cuando no hay un motivo aparente para la conducta? ¿Cómo respondería la perspectiva republicana a los

llamados crímenes sin motivo que tradicionalmente han sido interpretados en términos psiquiátricos? ¿Qué respuesta daría el republicanismo a los comportamientos que han sido excluidos de responsabilidad al ser explicados bajo cualquiera de las versiones de la locura criminal?

En mi opinión, no queda claro si desde la perspectiva republicana el individuo es un ser libre de y/o determinado por su contexto, por su historia vital, a la hora de establecer su responsabilidad, ni qué implica ser responsable. Me atrevo a sugerir que Gargarella realiza una distinción que, sin embargo, no explicita: el individuo se entiende como un sujeto parcialmente autónomo cuando se trata de explicar su comportamiento, pero se asume como un agente moral pleno en el momento posterior a su comportamiento, es decir, a la hora del reproche. Esto en un contexto de “alienación legal”. En la respuesta que presenta Gargarella a la crítica de Diego Freedman deja claro que se aleja radicalmente del correccionalismo y que las medidas propuestas “no debían ser vistas como intentos de “regenerar” a “sujetos desviados”. Este tipo de respuestas me resultan inaceptables, por un lado, por presuponer la superioridad moral de quienes imponen las penas, y por otro – en buena medida, un punto que es contracara del anterior- por desconocer, menospreciar o dejar de lado la autonomía propia de quienes cometen una ofensa” (Gargarella 2008: 306). En este sentido, el reproche no adquiere un carácter disciplinario y la respuesta republicana debería orientarse a la persuasión, a la recuperación de los vínculos sociales y a la reparación del daño.

Por supuesto, la propuesta de la integración comunitaria como alternativa a los males de la segregación punitiva es algo que se agradece enormemente. Es tanta la confianza que despierta la aproximación que defiende Gargarella que el lector se encuentra ávido de respuestas en un contexto en el que son tan difíciles de proporcionar. El autor apenas esboza ciertas pistas sobre la forma concreta que podría adoptar el reproche dentro del republicanismo y las medidas en las que se apoyaría. A lo largo del texto se repite lo que no haría el republicanismo, que se alejaría de la prisión y que prefiere “medidas reprobatorias, integrativas y orientadas a la comunidad, antes que otras de tipo excluyente, individualista, y basadas en el uso de la fuerza” (2008: 69); también nos recuerda que el republicanismo pretende “entablar un *diálogo moral* con el ofensor, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo” (Ibíd.: 70) y que “Al republicano le interesa más este autorreconocimiento de que se ha cometido una falta, que el castigo de la misma; y la reintegración del que ha delinquido, más que su aislamiento respecto del resto de la sociedad” (Ibíd.: 154).

Sin embargo, Gargarella parece cauto a la hora de definir si el reproche tendría exclusivamente un carácter comunitario, y no nos indica la escala del mismo (el barrio, el pueblo, la nación), ni su pertinencia en un contexto de

pluralismo cultural, y tampoco si supondría la creación de formas institucionales destinadas a las personas cuyo comportamiento se reprocha, es decir, lo que republicanismamente efectivamente haría. Señala que el “énfasis debería estar puesto en la recuperación de los vínculos entre dicha persona y nosotros, es decir, en soluciones de inclusión, antes que en las soluciones actuales, siempre rudamente excluyentes” (2008: 261) y que la comunicación deliberativa “eventualmente, puede ser acompañada de la imposición de alguna sanción –por ejemplo, la obligación del ofensor de reparar el daño que ha realizado-, o con el inicio de un proceso de educación en el respeto de los demás” (Ibíd.: 306). Cuál podría ser esa sanción no queda claro. En algunas ocasiones señala que el servicio comunitario podría ser una opción, mientras que en otras aclara que la protección de las personas “puede conllevar algún tipo de reproche sobre el eventual agresor” quien puede “verse forzado a restaurar el orden que ha roto, por ejemplo compensando económicamente a quienes han sido sus víctimas” (Ibíd.: 306). Esta última opción, supongo, tendría sentido en esa situación en la cual “las precondiciones de la responsabilidad delictiva se encuentran razonablemente satisfechas” (Ibíd.: 60-61) pues no creo que Gargarella sostenga que sea plausible exigirle a una persona pobre que responda económicamente ante las consecuencias de su comportamiento. El autor deja esto perfectamente claro cuando critica ciertas medidas judiciales que simplemente devuelven a la persona a su contexto sin contemplar medidas de integración y transformación de su situación.

En síntesis, creo que la tensión se encuentra en la fundamentación de la responsabilidad individual en las dos situaciones típicas presentadas por Roberto Gargarella, esto es, en una situación de “alienación legal” y en un contexto de plena “integración jurídica”. Es decir, en una situación de alienación legal sería necesario establecer la conexión entre contexto y conducta, mientras que parecería que en una situación ideal de integración jurídica esto no sería necesario. La responsabilidad se basaría necesariamente en el libre albedrío personal al estar satisfechas las “precondiciones de la responsabilidad delictiva” para todos los miembros de la comunidad y, así, parece desvanecerse la fuerza del contexto. En dicha situación ideal el contexto desaparece y sería legítimo reprochar al miembro de la comunidad pues la conducta criminal aparece como el resultado de una decisión individual, lo que potencialmente puede hacer que se repitan los discursos tanto comunes sobre la delincuencia como una manifestación de la personalidad y, nuevamente, el ingreso del saber técnico sobre el comportamiento criminal y de esos expertos que Roberto Gargarella considera la antítesis del autogobierno comunitario.

Sin duda estas son cuestiones difíciles de resolver y confiamos en que esa “bocanada de aire fresco” (Freedman 2008) que hemos recibido con la publicación de este libro se extienda pronto para alcanzar las distintas facetas del complejo y frío mundo del derecho penal. Seguramente el trabajo de

Gargarella continuará explorando estos terrenos escabrosos y seguirá conminándonos a imaginar alternativas a un sistema penal que sabemos injusto pero al que vemos crecer con cada día que pasa, con cada prisión que se edifica y con cada persona que encierra dentro de sus muros. Confiamos en que las claves que nos ofrece esta publicación, y las que seguramente vendrán, nos permitirán recorrer con confianza el largo pero esperanzador camino que va de la injusticia penal a la justicia social.

Referencias

Freedman, Diego (2008): “Los miedos de los penalistas. Algunos comentarios a “Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad”, pp. 283-300, en: Gargarella, Roberto (Aut.): *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores.

Foucault, Michel (1990): “La sociedad punitiva” en: Michel Foucault (Aut.), *La vida de los hombres infames*. Madrid: Las ediciones de la piqueta, pp. 47-68.

Foucault, Michel (1999): “Entrevista sobre la prisión: el libro y su método”, pp. 297-312, en: Michel Foucault (Aut.), *Estrategias de Poder*. Barcelona: Paidós.

Wacquant, Lóicq (2003): “Toward a dictatorship of the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil”. *Punishment & Society, Vol 5(2): pp. 197-205*.